

“XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

COMISIÓN 4: A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación - “La tutela preventiva”

“El mandato preventivo de oficio y su afectación a la defensa en juicio”

SUMARIO: 1. Marco teórico y normativo del mandato preventivo. Art.1713 CCCN. 2. Garantía constitucional del ejercicio de defensa en juicio. 3. La aplicación del mandato preventivo de oficio y su colisión con la defensa en juicio. 4. El nacimiento de una nueva instancia procesal y su vinculación con el proceso monitorio. 5. Conclusión.

Autor: Ignacio Agustín Gañan

Fecha de nacimiento: 02/04/1990

Dirección Postal: 5000

Teléfono: 0353-155691989

Correo electrónico: ignacioaganan@gmail.com

Síntesis: La propuesta consiste en confrontar el mandato preventivo (como uno de los modos de ejercicio de la función preventiva del daño prevista en el CCCN) en el supuesto en que el Juez resuelve de oficio, e impone una obligación a las partes o a un tercero y su colisión con la garantía del ejercicio de derecho de defensa en juicio.

A partir de la hipótesis formulada, y ante la falta legislación al respecto, se propone un contradictorio posterior a su dictado, a los fines de resguardar el derecho de defensa del tercero.

Postulación de premios: Premio “A.A.D.P.” y FUNDESI

Referencias en ponencias de congresos anteriores: XXVIII Congreso Nacional De Derecho Procesal, Jujuy 2015, Comisión 1, Subcomisión 2, “*Los aspectos procesales de la acción preventiva de daño*” (Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui); “*La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las facultades condenatorias e instructorias de los jueces y la vía sumarísima*” (Mónica Barrera).

“El mandato preventivo de oficio y su afectación a la defensa en juicio”

1. Marco teórico y normativo del mandato preventivo. Art.1713 CCCN.

La nueva función preventiva de la responsabilidad civil ha sido consagrada legislativamente en los artículos 1708, 1710 a 1713 del CCCN, y encuentra su fundamento más reciente en la reforma constitucional del año 1994, y el realzamiento del principio *alterum non laedere* - el cual deriva del art. 19 de la CN -, como el deber de evitar causar un daño a otro.

Este instituto, fruto de trabajo doctrinario y lineamientos jurisprudenciales previos a la reforma del CCCN, le confiere al juez facultades para actuar de oficio - o a pedido de parte - para impedir o evitar el agravamiento o extensión del daño en curso.

Los presupuestos que dan lugar a la acción judicial preventiva, son¹:

a) *autoría*: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quién tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior;

b) *antijuridicidad*: porque constituye una violación del mentado deber de prevención;

c) *causalidad*: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes;

d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

Normativamente este deber –genérico- de prevención del daño encuentra sustento en el artículo 1710 del CCCN, disponiendo que toda persona tiene el

¹ Lorenzetti, Ricardo Luis (director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, T. VIII, págs. 270/271.

deber de evitar causar daños a otros, y en pos de ello adoptar las medidas razonables pertinentes ya sea para evitar lisa y llanamente su producción o disminuir su magnitud, siempre de conformidad a los criterios de razonabilidad y buena fe, conforme las circunstancias del caso². A su vez, el reflejo procesal de este deber genérico de prevenir daños, es la acción preventiva dispuesta en el artículo 1711 CCCN, que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño y cuya finalidad es detener el curso dañoso. En cuanto a la legitimación activa esta receptada en el art. 1712 del mismo cuerpo legal, contando con ella quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.³

Específicamente en el tema que atañe a la ponencia, el art. 1713 CCCN prevé que: *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”*.

Desde esta reseña normativa se desprende una de las modalidades de ejercer la función preventiva del daño. Esta es la del mandato preventivo, que *“se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrado”*.⁴

2. Garantía constitucional del ejercicio de defensa en juicio

² Cámara Apel. Cba. CC. 8° Nom. Sentencia N° 8. 18/02/2022 “GARLOT MARIA ELENA C/ BANCO MACRO S.A. - ABREVIADO – OTROS – TRAM. ORAL- EXPTE. N° 9275039”

³ Lorenzetti, ob. cit.

⁴ Galdós, Jorge M., El mandato preventivo. Una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil, Revista de Derecho de Daños, Tomo 2016-2, Editorial Rubinzal Culzoni, 2016, Cita RC D 1219/2017.

Es conocido que el proceso se compone de una serie de actos, destinados a lograr una resolución judicial. Así, tomando al proceso como el medio para realizar justicia, una de sus finalidades es entonces la de garantizar a las partes una sentencia, una resolución a su conflicto.

Para ello, la CN establece una tutela de garantías mínimas que debe respetarse a todos los que intervienen en un proceso judicial. Estas garantías, no son disponibles por las partes ni renunciables. Consecuentemente, el ordenamiento jurídico debe ser interpretado judicialmente en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos consagrados en la CN.

Una de las garantías fundamentales es el ejercicio de defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la CN. La podríamos considerar como el cimiento para el sistema de derechos de los individuos reconocidos por todo el ordenamiento jurídico, demostrando su solidez en relación a la factibilidad del goce y ejercicio de aquellos.⁵

Y dentro de esta garantía existen cinco manifestaciones a saber:

1. Derecho a petionar: Es la posibilidad que tiene toda persona de presentarse ante el órgano jurisdiccional a hacer valer una pretensión, y mantenerla hasta que se dicte sentencia. Es una garantía de orden lógico y cronológico, vinculado a poder acudir al órgano jurisdiccional. No puede existir ningún obstáculo para presentarse.

2. La posibilidad de ser oída. Esto se plasma en la posibilidad de concurrir al órgano jurisdiccional y presentarse, y oponer las defensas que tenga,

⁵ En este sentido nos aporta claridad la jurisprudencia cuando califica a la defensa en juicio de la siguiente manera: *“La importancia del tan mentado derecho de defensa -que de tanto invocárselo se pierde de vista su valor- radica, justamente en que es la única garantía de los individuos de poder hacer valer todos los otros derechos. Pues de nada sirve consagrar derechos, si no se respeta la posibilidad de defenderlos (...) No sólo es un derecho en sí, sino que el mismo tiene por finalidad garantizar otros derechos”* (Superior Tribunal de Jujuy en “Z. de A. M.C. c. A., J. J. suc.”).

ya sea a través de los escritos electrónicos, o poder ser escuchado en una audiencia oral.

3. Prueba: la posibilidad de ofrecer e incorporar prueba, en defensa de su posición en el proceso, y a controlar la prueba de la contraria.

4. Asistencia jurídica: la posibilidad de ser asistido técnicamente por un abogado, y de no contar con medios económicos, el Estado debe proporcionar un defensor oficial.

5. Beneficio de gratuidad: la posibilidad de acceder gratuitamente a la justicia.

3. La aplicación del mandato preventivo de oficio y su colisión con la defensa en juicio

En base a lo señalado, podemos vislumbrar que la aplicación del mandato preventivo de oficio – como una de las modalidades de la función preventiva del daño – podría generar una afectación a la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello así por cuanto, al remitirnos al art. 1713 CCCN y la regulación que allí se observa con respecto a la acción preventiva⁶, observamos que, como novedad, el ordenamiento sustantivo habilita al magistrado interviniente para, en caso que así lo considere, dicte de manera oficiosa una orden de tinte preventivo. Aun cuando ella no haya sido objeto litigioso.

Esta prerrogativa ha sido tomada por nuestros tribunales aun de manera previa a su legislación. Así, si quisiéramos identificar el inicio de estos mandatos de la función preventiva a nivel jurisprudencial, deberíamos remitirnos a la causa “Altamirano, Elsa R. c/ Cerámica Martín, S. A. y otros”, donde con fecha 08/07/86 el Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Morón (provincia de Buenos Aires) falló respecto a las indemnizaciones correspondientes a la muerte de tres menores de

⁶ Cuyo objetivo no difiere del de cualquier acción, esto es el dictado de una resolución judicial que le ponga fin al conflicto.

edad ahogados en una especie de “piletón” de agua que se había formado en un terreno de la parte demandada.

En esta oportunidad, el tribunal interviniente a pesar de encontrarse en el marco de una pretensión puramente resarcitoria de los daños acaecidos, no dejó pasar la conducta de la demandada que había sido la generadora del daño (modificación del cauce de un arroyo que corría por su terreno y obras que obstruían la libre circulación de aguas pluviales, sumado a la falta de cercamiento del terreno). Así, interpretando el riesgo que ello generaba para situaciones similares futuras, ordenó a la empresa demandada tareas preventivas del daño de restauración del cauce, aseguramiento del descenso de aguas pluviales, drenaje y cerramiento del fundo.⁷

Este escenario encuentra múltiples replicas jurisprudenciales a lo largo y a lo ancho del país. Esto es que un tribunal interviniente en una causa netamente resarcitoria ordene en la resolución final del pleito alguna medida – dar, hacer o no hacer – tendiente a prevenir algún tipo de daño del que tomó conocimiento a raíz de la causa.

Y en la actualidad el art. 1713 CCCN faculta al juez actuante para que, aun de oficio, aplique el mandato preventivo. La nota característica está puesta en la oficiosidad, pues el magistrado dentro de las causas donde intervenga, si llega a advertir alguna circunstancia dañosa podrá dictar la medida – provisional o definitiva - que crea conveniente a los fines de su evitación.

En este marco, donde el paradigma preventivo del daño cuenta con una codificación expresa⁸, podemos considerar que el instituto preventivo aquí

⁷ A pesar de lo novedoso del decisorio y los sólidos argumentos dados, la Cámara Civil y Comercial de Morón – Sala II –, con fecha 05/02/1987 revocó el fallo de primera instancia. Aludió a la afectación de principios procesales como el debido proceso, defensa en juicio y congruencia, dado que el demandado se encontraba “sorpresivamente” con la obligación de cumplir con prestaciones que el accionante no había formulado en su presentación inicial, la que tenía como eje exclusivo al resarcimiento del daño ocasionado.

⁸ Coadyuvado con corrientes activistas y una visión neconstitucionalista del derecho.

analizado – mandato preventivo de oficio – puede ser – y es – utilizado con mayor frecuencia en los tribunales del país.

Sin perjuicio de ello, no podemos desconocer su posible repercusión con principios y garantías que le dan sustento al proceso civil, lo que pondría en jaque la legitimidad, no ya sustancial, sino procesal de la figura en cuestión. En otras palabras, la aplicación del art. 1713 CCCN en consonancia con las normas procesales que actualmente regulan a los juicios civiles, puede ser fácilmente interpretada en contradicción con el art. 18 CN y los múltiples tratados convencionales que la complementan en relación a la defensa en juicio.

Es aquí donde queremos concentrarnos, puesto que por un lado nos encontramos con una herramienta jurídica sumamente coherente con los paradigmas que el derecho actualmente persigue y su protección a la persona. Pero por el otro, podemos pensar que el instituto del mandato preventivo luce – por ahora – vulnerable a aquellos embates constitucionales y convencionales que podría tener. Esto es que, sus condiciones de aplicación, en casos como el reseñado, permiten inferir una fácil transgresión a la defensa en juicio como eje de la estructura que todo proceso debe mantener.

Ya Lorenzetti⁹ decía en el año 1995 que: *“No es dudoso que el juez tenga facultades de imponer obligaciones de hacer, ni que lo haga de oficio. (...) El aspecto cuestionable es que pueda hacerlo respecto de un tercero que no ha comparecido al juicio y que no ha tenido la oportunidad de defensa.”*

Tales aseveraciones nos permiten confirmar lo sostenido en el inicio de este punto y tener por cierta la afectación a la garantía de defensa en juicio a la hora de aplicar de oficio un mandato preventivo clásico. Tanto cuando recaiga sobre un tercero ajeno al proceso, como así también a las propias partes, quienes - en casos como viéramos ejemplificados - con el dictado de un mandato, usualmente se alude a cuestiones no puestas a su consideración, sino que la

⁹ Lorenzetti, Ricardo L.. “La tutela civil inhibitoria”, La Ley, 1995, cita electrónica: AR/DOC/4497/2001.

dañosidad que alentó a su dictado fue tomada por el juez al momento de sentenciar.

4. El nacimiento de una nueva instancia procesal y su vinculación con el proceso monitorio

En base a todo lo expuesto, buscamos proporcionar reglas de aplicación válidas para que el mandato preventivo de oficio – como una de las tutelas preventivas que nuestro código de fondo prevé - no afecte a la garantía constitucional de defensa en juicio, que sin dudas marca el pulso del proceso civil.

La cuestión se centra básicamente en la imposibilidad de poder ejercer algún tipo de defensa una vez dictada la medida preventiva. Esto obedece a que el magistrado la resuelve al dictar la sentencia, sin que haya sido motivo de discusión durante el trámite de la causa. Por su parte, surge palmaria la afectación a esta garantía cuando la medida recae sobre un tercero ajeno al proceso.

Para sortear este inconveniente podemos plantear el nacimiento de una nueva instancia procesal frente al dictado de un mandato preventivo. Ya Peyrano¹⁰ sostenía que: *“Cuando el órgano jurisdiccional se decide a incursionar en el ámbito del mandato preventivo, se abre una suerte de nueva instancia; muy diferente a aquella que le sirve de marco y, si se quiere, de ocasión”*.

De esta forma, y desde un plano pretoriano dado la novedad del tema, creemos que estaríamos en condiciones de conjugar la aplicación efectiva del

¹⁰ Peyrano, Jorge W. “La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada”, La Ley, 2005, cita electrónica: AR/DOC/2729/2005

mandato preventivo y el cumplimiento de la defensa en juicio de los sujetos procesales sobre los que recaigan.¹¹

Entonces, el punto de partida lo encontramos en el dictado de una sentencia, donde no solo se pronuncia acerca de las pretensiones y defensas de las partes, sino que también le da nacimiento a un mandato preventivo.

Luego de ello, siguiendo a Morello y Stiglitz, podemos adaptar esta nueva instancia a las reglas del proceso monitorio, donde el obligado por la medida pueda tener la posibilidad de defenderse y hacer valer sus posición al respecto.¹²

Así, creemos que resulta una buena propuesta colocar a esta “nueva instancia” - donde emerge el mandato preventivo - en el marco del proceso monitorio¹³. En él, el eje de contradicción entre las partes, y el consecuente ejercicio del derecho de defensa, se verá plasmado una vez que el juez dicte su sentencia.

A ello cabe correlacionarlo con los aportes de Couture¹⁴, cuando aludía a la igualdad de las partes en la ejecución de su derecho de defensa, pero no desde el plano “aritmético”, sino planteándola desde el plano de la razonabilidad. Que si, en definitiva, se observaba algún tipo de desigualdad y ella lo era por una

¹¹ Cabe aclarar que esta nueva instancia no importa generar un nuevo proceso de conocimiento, o incluso una tramitación paralela del mandato preventivo. Se apunta a encapsular dicha medida y, según sea la suerte que siga el proceso, asegurar un espacio para el ejercicio de esta garantía constitucional en conflicto

¹² Postura sostenida por los autores citados en “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, La Ley, 1987, cita electrónica: AR/DOC/8887/2001, al comentar sobre el fallo reseñado de “Altamirano, Elsa R. c/ Cerámica Martín, S. A. y otros”.

¹³ “Las “formas monitorias” consisten en un proceso especial de conocimiento sumario que empieza con el dictado de una sentencia monitoria emitida por el juez en total ausencia de sustanciación entre las partes. Así, el acreedor requirente, mediante una simple petición (formulario o demanda), acude al juez y éste —luego de un limitado control de admisibilidad— emite inaudita parte una orden de pago o cumplimiento (prestación) dirigida al deudor requerido. En esta orden, el magistrado fija un término dentro del cual el deudor puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición. Ante la falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere eficacia de título ejecutivo.” Sucunza, M. A. y Verbic, F., “Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación”, 2014, Jurisprudencia Argentina (tomo II), p. 87.

¹⁴ Couture, Eduardo J., “Fundamentos de derecho procesal civil”, Depalma, 1958, Buenos Aires.

cuestión “técnica del proceso”, ello no conllevaba a afirmar una violación de la defensa en juicio.

Así las cosas, la garantía de defensa en juicio no se vería afectada, sino solamente postergada para un momento procesal posterior al dictado del mandato preventivo. Y allí, quien resulte alcanzado por dicha medida tendrá la posibilidad de asumir la actitud defensiva que considere pertinente.

No desconocemos las críticas que esta propuesta puede traer. Así se ha dicho que: *“De considerarse – como lo hace la doctrina – a la acción preventiva como un proceso de conocimiento, no resulta plausible invertir las etapas, esto es, adelantar la ejecución para diferir luego el conocimiento que llevará certeza a la materia de prevención. (...) Las reglas de juego deben estar claras desde el inicio del proceso, sin que se pueda reclamar de los jueces que lo inventen o se invierta su secuencia encadenada, ya que no son legisladores, debiendo adaptarse las acciones a los procesos preestablecidos, ya que si no es fácil caer en la violación a la garantía de la defensa en juicio”*.¹⁵

Sin perjuicio de ello, no creemos que exista un real perjuicio a la hora de postergar la eventual defensa que se pretenda deducir en el proceso. En efecto, lo importante es el carácter tuitivo de la prevención del daño en concordancia con los nuevos paradigmas que rigen en el derecho, mientras que la bilateralidad y contradicción que encierra la defensa en juicio constitucionalmente prevista, se consagra con posterioridad a la sentencia.

5. Conclusión

A partir de todo lo expuesto, consideramos que la garantía constitucional de defensa en juicio queda resguardada del mandato preventivo de oficio

¹⁵ Gómez, Claudio D., Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales, Editorial La Ley, 2017, Cita AR/DOC/2439/2017, citando a su vez jurisprudencia de la CSJN en "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/amparo", Fallos 337:1361.

mediante la implementación de las reglas el proceso monitorio en los términos señalados. Entonces, dada la importancia de los derechos que buscamos proteger por medio de la prevención del daño, es que encontramos argumentos suficientes para que este, opere en el mundo jurídico.

Cabe resaltar lo señalado por la doctrina por cuanto indica que: *“El derecho procesal deberá ajustar sus líneas genéricas a las conquistas de la nueva doctrina propia del avance del ser humano, que se han agudizado en las últimas décadas, planteando una verdadera transformación de los lineamientos procedimentales en pos de una mayor eficiencia del juzgamiento, que deben llegar al orden jurídico interno, rompiendo las barreras que se les imponen. En el orbe jurídico a estas alturas, no se debería luchar contra ellas tal como el Quijote con los molinos de viento, sino amoldarlas a las necesidades básicas y existenciales, por cuanto su empuje no parece detenerse, ni se paralizarán. En tiempos de dinamismo como plantea la era moderna globalizada, no podemos seguir fortaleciendo procedimientos anquilosados y que no dan respuestas, pues de seguir así las brechas de estancamiento se agudizaran cada vez más”*.¹⁶

En definitiva, aplicada la función preventiva del daño a través del dictado de un mandato preventivo de oficio, consideramos que desde el proceso monitorio, queda debidamente garantizado el ejercicio de defensa en juicio. En efecto, no sufrirá perjuicio alguno la parte y/o el tercero y, en consecuencia, el ciudadano podrá hacer un pleno ejercicio de los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico.

¹⁶ Villalba Bernié, Pablo D., “Razonamientos medulares vinculados al derecho procesal” en Velandia Canosa, E. A. (Ed.), “Tendencias contemporáneas del derecho procesal”, p. 487. Bogotá, Colombia, 2017, Universidad Libre.